



HELDER MOTIVEREN HEEFT MEERWAARDE!



DE ZAAK

De gemeente Den Haag houdt een nationale niet-openbare aanbesteding voor de vervanging van een kade en een brug. De gemeente past de gunningssystematiek 'gunnen op waarde' toe. Het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW 2016) is van toepassing verklaard.

Aannemersbedrijf Wallaard Noordeloos B.V. (hierna: Wallaard) en Dura Vermeer Infra Regionale Projecten B.V. (hierna: Dura Vermeer) behoren tot de inschrijvers. Wallaard schrijft in met een lagere inschrijfprijs, maar Dura Vermeer scoort beter op kwaliteit en krijgt een (aanzienlijk) hogere fictieve korting. Dura Vermeer eindigt daardoor als eerste in de ranking en Wallaard als tweede. In de aan Wallaard verstrekte gunningsbeslissing vermeldt de gemeente alleen de behaalde fictieve kortingen van Dura Vermeer, zonder nadere motivering. Volgens Wallaard is deze motivering ontoereikend.

De voorzieningenrechter oordeelt dat de gemeente niet voldaan heeft aan haar motiveringsplicht. De aanbestedende dienst dient op neutrale wijze de doorslaggevende aspecten van de uitgekozen inschrijving te vermelden in de gunningsbeslissing. In dit geval volstaat het niet alleen de door Dura Vermeer behaalde fictieve kortingen te vermelden. Hierbij is van belang dat Dura Vermeer bijna de maximale fictieve korting scoorde en volgens de gemeente op bijna alle subgunningscriteria (veel) meer meerwaarde bood dan Wallaard. Dit verschil (en dus de relatieve voordelen ten opzichte van de bieding van Wallaard) had aan Wallaard uitgelegd moeten worden. Het gevolg is dat de gemeente een nieuwe gunningsbeslissing moet nemen die recht doet aan de motiveringsplicht.



JURIDISCH KADER

- Het ARW 2016 bepaalt over het motiveren van de gunningsbeslissing (artikel 2.36.5):
 - De gunningsbeslissing bevat de relevante redenen van de gunningsbeslissing, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving;
 - De naam van de begunstigde(n);
 - Een nauwkeurige omschrijving van de opschortende termijn.
- De aanbesteder mag geen gegevens in de gunningsbeslissing delen wanneer de openbaarmaking van die gegevens (artikel 2.36.7 ARW 2016):
 - In strijd zou zijn met enig wettelijk voorschrift;
 - In strijd zou zijn met het openbaar belang;
- De rechtmatige commerciële belangen van ondernemers zou kunnen schaden;
- Afbreuk aan de eerlijke mededingen tussen ondernemers zou kunnen doen.
- Op grond van de Aanbestedingswet 2012 dient de mededeling van de gunningsbeslissing, in het kader van een Europese aanbesteding, de relevante redenen voor die beslissing te bevatten, waaronder in ieder geval de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving alsmede de naam van de winnende inschrijver (artikel 2.130 Aw2012). In het kader van een meervoudig onderhandse aanbesteding dient de gunningsbeslissing de "relevante redenen voor deze beslissing" te bevatten (artikel 1.15 lid 2 Aw 2012).



RECHTERS AAN HET WOORD

- Een aanbestedende dienst is gehouden een gunningsbeslissing deugdelijk te motiveren en de relevante redenen voor deze beslissing mede te delen. Onder relevante redenen worden in ieder geval verstaan de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving. In de rechtspraak wordt wisselend geoordeeld over de vraag wat onder relevante redenen dient te worden verstaan.
 - De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag oordeelde in december 2021 dat het verstrekken van

de op subgunningscriteria behaalde scores (weergegeven in een beoordelingsmatrix) in dit geval toereikend was. De aanbestedende dienst was volgens de voorzieningenrechter niet verplicht de relatieve voordelen van de winnende inschrijver bekend te maken/nader toe te lichten. De verliezende inschrijver had ook niet toegelicht welk gerechtvaardigd belang zij heeft bij een nadere toelichting op de (beoordeling van de) winnende inschrijving.

- De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam benadrukt dat een aanbestedende dienst voldoende gemotiveerd uitleg moet geven over de redenen van zijn gunningsbeslissing, zodat afgewezen inschrijvers (en eventueel gegadigden) zich erop kunnen beraden of juridische stappen tegen de gunningsbeslissing zinvol zijn (zie ook het Gerechtshof Den Bosch in 2015). Deze motiveringsplicht gaat echter niet zover dat de aanbestedende dienst de inschrijvingen van alle andere inschrijvers tot in detail bekend moet maken.
- Volgens de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam is een aanbestedende dienst niet gehouden ook de motivering van de aan de winnaar toegekende punten kenbaar te maken. De puntenscore was in dit geval voldoende concreet onderbouwd en per wens was duidelijk gemaakt wat werd gemist of niet duidelijk was. Ter vergelijking had de aanbestedende dienst per wens de score van de winnaar kenbaar gemaakt en "zodanig een aanvullende vergelijking gemaakt". De voorzieningenrechter achtte dat voldoende. De aanbestedende dienst is niet gehouden ter verificatie ook de motivering van de aan de winnaar toegekende punten kenbaar te maken omdat dit zich niet verdraagt met de belangen die andere inschrijvers hebben bij de geheimhouding van bedrijfsvertrouwelijke en concurrentiegevoelige informatie.
- De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag kwam tot een vergelijkbaar oordeel. De aanbestedende dienst had per wens aangegeven waarom de winnende inschrijver op de betreffende onderdelen hoger heeft gescoord dan de verliezende inschrijver en waarom de verliezende inschrijver op de betreffende onderdelen niet de maximale score heeft behaald en de winnende inschrijver in voorkomende gevallen wel. Van een motiveringsgebrek was geen sprake.
- De voorzieningenrechter van de van rechtbank Oost-Brabant oordeelde dat sprake was van een gebrekkige motivering in de betreffende gunningsbeslissing, aangezien daarin geen enkel inzicht werd gegeven in de kenmerken en voordelen van de winnende inschrijving. De aanbestedende dienst had alleen een tabel verstrekt met de totale gemiddelde eindscore op prijs en op kwaliteit van de drie inschrijvers.
- In het arrest Staat/KPN oordeelde de Hoge Raad in 2012 dat de gunningsbeslissing alle relevante redenen voor deze beslissing moet vermelden en dat aanvulling van die redenen in een later stadium in beginsel niet mogelijk is (behalve in uitzonderingsgevallen, wegens bijzondere redenen of omstandigheden). Hiermee wordt voorkomen dat een aanbestedende dienst in een juridische procedure allerlei nieuwe redenen kan aanvoeren om zijn gunningsbeslissing te verdedigen.
- In Advies 610 van de Commissie van Aanbestedingsexperts stelt zij dat de plicht van aanbestedende dienst om geen gerechtvaardigde commerciële belangen van de winnaar te schaden in de gunningsbeslissing, het niet aanmerkelijk maakt dat de aanbestedende dienst geen enkele nadere inhoudelijke motivering kan verstrekken. Zo kan een aanbestedende dienst ook de aangeboden resultaten benoemen, zonder dat de werkwijze van de winnende inschrijver bekend te maken.
- In Advies 639 van de Commissie van Aanbestedingsexperts overweegt de Commissie onder meer dat de relevante kenmerken van de winnende inschrijver ook kunnen zien op onderdelen waarop de winnende inschrijver gelijk of lager heeft gescoord dan de andere inschrijver(s).



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Een doel van de gunningsbeslissing aan de afgewezen inschrijver is het verstrekken van alle relevante informatie hoe de aanbestedende dienst tot zijn besluit is gekomen. De inschrijver kan dan voldoende bepalen of juridische stappen tegen de gunningsbeslissing zinvol zijn.
- Draag zorg voor een deugdelijke motivering van de gunningsbeslissing. Vermeld de scores van de winnende inschrijver op alle kwaliteitscriteria en benoem de kenmerken en relatieve voordelen van de bieding van de winnende inschrijver op elk kwaliteitscriterium. Licht ook toe op welke wijze de verliezende inschrijver hoger had kunnen scoren op het betreffende kwaliteitscriterium.
- Benoem bij aanbestedingen waarop een verlicht en beperkt juridisch kader van toepassing is ook alle relevante redenen voor de gunningsbeslissing.
- Beoordeel en motiveer volgens het vastgestelde beoordelingskader. Op geboden meerwaarde beoordelen betekent bijvoorbeeld ook hierop motiveren en doorslaggevende elementen van de winnende inschrijving waar die meerwaarde uit blijkt opnemen in die motivering.
- Vermijd het bekendmaken van bedrijfsvertrouwelijk en concurrentiegevoelige informatie in het geheel van de gunningsbeslissing.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

VANDOORNE [⊕]

**Aeves
Benefit** 

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com